

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Jugement du 18 décembre 2013

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE
Juges : Mme Thalmann et M. Métral
Greffière : Mme Barman Ionta

Cause pendante entre :

FONDS DE SECOURS PATRONAL EN FAVEUR DU PERSONNEL DE
T._____, à [...], demandeur, représenté par Me Jean-Michel Duc, avocat à
Lausanne,

et

hoirie de B.G._____, à [...], défenderesse, représentée par Me Didier
Elsig, avocat à Lausanne,
D._____, à [...], défendeur, représenté par Me Roberto Izzo, avocat à
Lausanne,
N._____, à [...], défenderesse, représentée par Me Daniel Pache, avocat à
Lausanne.

Art. 80 et 89 al. 6 CC; 73 LPP; 60 CPC

E n f a i t :

Par acte authentique du [...] 1987, la société T._____, à [...], a constitué une fondation de droit suisse dénommée le " Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ ".

Par demande du 15 juin 2012, le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____, représenté par Me Jean-Michel Duc, a conclu avec dépens à ce que les défendeurs, soit (i) l'hoirie de B.G._____, prise en la personne de A.G._____, (ii) D._____ et (iii) N._____, tous pris solidairement et conjointement, sont condamnés à payer au Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ la somme de 801'614 fr. 50 avec intérêts à 5% à partir de la date des présentes. Le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ reproche d'une part à B.G._____ et D._____ de lui avoir causé un dommage dont ils doivent répondre conformément à l'art. 52 LPP (loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; RS 831.40) en attribuant des prestations par 501'701 fr. 30 à des personnes qui n'entraient pas dans le cercle des bénéficiaires tel que défini par les statuts de la fondation, savoir des employés de la fondatrice ou des membres de leur famille, dans la mesure où après 1991, la fondatrice n'employait plus personne. Il reproche d'autre part à N._____, en tant qu'organe de révision, de ne pas avoir contrôlé la légalité de la gestion du Conseil de fondation.

Avant toute défense au fond, l'hoirie de B.G._____ a, par requête en déclinatoire du 2 novembre 2012, conclu à ce qu'il soit prononcé, sous suite de frais et dépens, que la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud est incompétente pour statuer sur la demande introduite le 15 juin 2012 par le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____, ledit fonds étant en conséquence renvoyé à procéder devant le Tribunal compétent.

Les 7 et 27 décembre 2012, le demandeur a conclu au rejet de la requête en déclinatoire.

Le 14 janvier 2013, respectivement le 14 février 2013, D._____ et N._____ ont conclu à l'admission de la requête en déclinatoire déposée par l'hoirie de B.G._____.

Le 5 septembre 2013, le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ a conclu à l'octroi de l'assistance judiciaire à partir du 20 janvier 2012 sous la forme de l'assistance d'office d'un avocat en la personne de Jean-Michel Duc, avec exonération des avances, sûretés, frais judiciaires et de la franchise mensuelle. Un décompte de frais par 22'511 fr. 90 était joint à la demande.

E n d r o i t :

1. a) Selon l'art. 73 al. 1 LPP (loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; RS 831.40), chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit; le tribunal statue de même sur les prétentions en matière de responsabilité selon l'art. 52 LPP et sur le droit de recours selon l'art. 56a al. 1 LPP. Les autorités visées par l'art. 73 LPP sont compétentes, *ratione materiae*, pour trancher des contestations qui portent sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont en revanche pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance. Par ailleurs, cette compétence est aussi limitée par le fait que la loi désigne les parties pouvant être liées à une contestation, notamment les institutions de prévoyance et les ayants droit (ATF 125 V 168 consid. 2 et les références).

Selon l'art. 52 al. 1 LPP, les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent intentionnellement ou par négligence; une négligence même légère suffit (ATF 128 V 124 consid. 4e). Cette norme de responsabilité, applicable indépendamment de la forme juridique de l'institution de prévoyance (art. 48 al. 2 LPP), accorde à l'institution de prévoyance lésée un droit direct à l'encontre des organes, formels ou de fait, de l'institution de prévoyance (ATF 128 V 124 consid. 4a). Le point de savoir si un organe a manqué fautivement à ses devoirs dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'institution (ATF 108 V 199 consid. 3a). Les attributions d'un organe peuvent découler de la loi et de ses ordonnances d'exécution, de l'acte de fondation et de ses règlements, des décisions du conseil de fondation, d'un rapport contractuel ou encore des directives de l'autorité de surveillance (ATF 128 V 124 consid. 4d; ATF 138 V 235).

b) Le droit des fondations, lesquelles sont des masses de biens affectés à un but spécial ayant la personnalité juridique (art. 52 et 80 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210]), est principalement régi, d'une part, par les art. 52 ss CC énonçant des règles générales applicables à toutes les personnes morales, l'art. 58 CC énonçant leur mode de liquidation, et, d'autre part, par les art. 80 ss CC régissant spécifiquement les fondations. Au nombre des fondations, celles en faveur du personnel constituées en vertu de l'art. 331 CO (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse - Livre cinquième: Droit des obligation; RS 220) sont spécialement régies par l'art. 89a CC (en vigueur au moment du dépôt de la demande - anciennement art. 89bis CC). Elles sont distinctes de celles au but plus étroit énoncé à l'art. 89a al. 6 CC s'étendant au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité et de celles inscrites au registre de la prévoyance professionnelle au sens de l'art. 48 LPP. L'art. 89a CC énonce des modalités d'organisation et gestion et des droits spécifiques des destinataires (al. 2-5). Selon l'al. 6 de l'art. 89a CC, les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité sont régies, outre par les art. 52 ss et 80 ss CC, par plusieurs dispositions

de la LPP exhaustivement énumérées dont notamment, comme intéressant la présente cause, celles du chiffre 6 (la responsabilité: art. 52 LPP) et du chiffre 19 (le contentieux: art. 73 et 74 LPP).

Les fondations en matière de prévoyance professionnelle (voir Hans-Michael Riemer/Gabriella Riemer Kafka, *Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz*, 2^e éd. Berne 2006, § 2 n° 7 ss; Carl Helbling, *Personalvorsorge und BVG*, 8^e éd. Berne 2006, p. 87 ss; Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, Zurich 2009, n° 1288 ss; Jacques-André Schneider in: Jacques-André Schneider/Thomas Geiser/Thomas Gächter, *LPP et LFLP*, Berne 2010, Intro n° 208 ss; Pierre-Yves Greber/Bettina Kahil-Wolff/Ghislaine Frésard-Fellay/Romolo Molo, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Vol. 1, Berne 2010, p. 311 ss) se subdivisent en fonction de leur couverture, de leur prestations et de leur enregistrement ou non au registre de la prévoyance professionnelle selon l'art. 48 LPP.

Les institutions appliquant la couverture légale de la LPP doivent être inscrites au registre et sont soumises au droit des fondations et à la LPP. Les institutions offrant des prestations supérieures à la LPP, dites institutions enveloppantes, sont soumises pour la part obligatoire à la LPP et pour la part infra et surobligatoire aux dispositions de la LPP énumérées à l'art. 49 al. 2 LPP; elles sont inscrites au registre. Les institutions limitées à la part infra et surobligatoire offrant des prestations réglementaires sont soumises à l'art. 89a CC, dont l'al. 6 renvoie aux dispositions de la LPP. Cette disposition reprend largement le catalogue de l'art. 49 al. 2 LPP mais non l'art. 51 LPP notamment prévoyant une participation paritaire employeur/employés à l'administration de l'entité (voir Schneider, *op. cit.*, Intro n° 208-210). Toutes ces institutions sont expressément soumises à la surveillance instituées par les art. 61, 62 et 64 LPP et aux modalités de contentieux des art. 73 et 74 LPP.

Nombre d'entreprises ont constitué, en marge des institutions de la prévoyance professionnelle selon la LPP ou enveloppantes et en marge des institutions assujetties à l'art. 89a al. 6 CC couvrant réglementairement uniquement les parts infra et surobligatoires, des

fondations de prévoyance en faveur du personnel avec un but d'aide aux salariés en vertu de l'art. 331 CO, régies par le droit des fondations que l'art. 89a CC al. 1 à 5 ou al. 1 à 6 distingue selon leur but statutaire. Ces fondations de bienfaisance ou encore de financement accessoire des institutions de la prévoyance obligatoire, cas échéant selon leur but statutaire "qui servent à la prévoyance" au sens de l'art. 61 al. 1 LPP (voir Schneider, *op. cit.*, Intro n° 216 ss), sont dites patronales en raison même de leur financement exclusif par l'entreprise ou d'autres sources, mais non par les employés, et du fait de versements discrétionnaires et non réglementaires (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_193/2008 du 2 juillet 2008 consid. 3.2; ATF 130 V 80 consid. 3.3.3; 117 V 214 consid. 1; Riemer/Riemer-Kafka, *op. cit.*, § 2 n° 24 ss; Helbling, *op. cit.*, p. 92 s.; Stauffer, *op. cit.*, n° 399 ss; Schneider, *op. cit.*, Intro n° 216 ss; Franziska Bürgin, Wohlfahrtsfonds, Vorsorgeeinrichtungen im luftleeren Raum ? in: Hans-Ulrich Stauffer [Edit.], Festchrift "25 Jahre BVG", p. 55 ss, spéc. 56).

En général, les institutions de prévoyance au sens de la LPP sont les institutions fondées selon les dispositions relatives à l'obligation de prévoyance de l'employeur ou désignées en tant que telles (art. 11 LPP) qui assurent la couverture des risques vieillesse, décès et invalidité. Si non seulement ces risques prévus dans l'art. 6 LPP ou dans le cadre de la prévoyance étendue dans l'art. 49 LPP (prévoyance professionnelle au sens étroit), mais également d'autres risques en rapports avec la relation de travail sont assurés (prévoyance professionnelle au sens large), les institutions enregistrées (art. 48 LPP) tombent aussi dans le champ d'application de l'art. 73 LPP. Aussi longtemps que le litige concerne une institution de prévoyance enregistrée, la voie de droit de l'art. 73 LPP est ouverte en cas de questions litigieuses relatives à la prévoyance professionnelle, tant au sens étroit qu'au sens large, pour les fondations non enregistrées, uniquement dans la mesure où la prévoyance professionnelle au sens étroit (prévoyance vieillesse, survivants et invalidité) est concernée (art. 89a al. 6 ch. 19 CC). Si d'autres risques que ceux de prévoyance professionnelle (au sens étroit ou au sens large) sont assurés, les institutions concernées - indépendamment de leur forme juridique - ne tombent toutefois pas sous le coup de la notion de

prévoyance en faveur du personnel au sens de la LPP. Ne sont pas des institutions de prévoyance les institutions qui versent exclusivement des prestations bénévoles, ainsi par exemple les fonds de bienfaisance patronaux de prévoyance. En conséquence, sauf exceptions rares, les dispositions sur le contentieux sont applicables à toutes les institutions de prévoyance - qu'elles soient instituées selon le droit privé ou le droit public - en premier lieu aux institutions enregistrées. Elles ne sont pas applicables aux institutions de prévoyance qui ne sont pas enregistrées, tant qu'elles ne sont pas établies comme fondations, et tant qu'elles ne proposent pas la prévoyance professionnelle au sens étroit (vieillesse, invalidité et décès) (Ulrich Meyer/Laurence Uttinger, Commentaire LPP et LFLP, ad art. 73 LPP, n° 3, 4 et 5, p. 1182 s.).

2. a) La requérante, l'hoirie de B.G. _____, comme le défendeur D. _____ et la défenderesse N. _____ font valoir que le demandeur est une fondation purement patrimoniale au sens des art. 80 ss CC, qui n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 89a al. 6 CC et qui, partant, ne ressortit pas à la Cour de céans.

L'intimé soutient qu'il est une institution constituée en vertu de l'art. 331 CO au sens de l'art. 89a CC ayant une activité de prestations de prévoyance élargie relevant de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité au sens de l'art. 89a al. 6 CC; à ce titre, il est donc bien soumis à cette disposition en tant que fondation au nombre "des institutions qui servent à la prévoyance" au sens de l'art. 61 LPP et ressortit à la Cour des assurances sociales (ch. 19).

Pour savoir si la Cour de céans est compétente pour connaître le présent litige, est finalement litigieuse la question de savoir si le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T. _____ est un fond de prévoyance patronale soumis ou non à l'art. 89a al. 6 CC.

L'art. 89a al. 1 CC dispose que les institutions de prévoyance en faveur du personnel constituées sous forme de fondations en vertu de l'art. 331 CO sont en outre régies par les dispositions qui suivent (al. 2 à

5). Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité sont en outre régies par les dispositions de la LPP énoncées, notamment le ch. 6. sur la responsabilité (art. 52 LPP) et le ch. 19 sur le contentieux (art. 73 et 74 LPP).

b) Par acte authentique du [...] 1987, la société T._____, à Lausanne, a constitué une fondation de droit suisse dénommée le " Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ ". Il s'agit d'une fondation de droit suisse, au sens des art. 80 ss CC. La fondation n'était pas enregistrée au sens de l'art. 48 al. 1 LPP et des art. 1 al. 2 et 2 al. 1 ch. 3 RSF (Règlement du 25 janvier 1991 sur la surveillance des fondations – en vigueur du 1^{er} mars 1991 au 31 août 2008 –, RSV 211.71.1). Par décision du Conseil de fondation du 25 octobre 2006, la Fondation a été dissoute et mise en liquidation au 31 décembre 2006. Par décision du 24 juillet 2007, l'Autorité de surveillance des Fondations a démis le Conseil de fondation de ses fonctions et nommé N._____ en qualité de liquidatrice. A cette occasion, il était notamment constaté que la fondatrice avait cessé ses activités en 1991.

Selon l'art. 3 de l'acte constitutif de Fondation signé le [...] 1987, le but de la Fondation était d'"apporter une aide aux membres du personnel de la fondatrice, éventuellement à leurs familles, pour faire face aux conséquences économiques résultant de la vieillesse, de l'invalidité, de la maladie, des accidents, du chômage, du service militaire, de la détresse et du décès, selon les modalités décidées par le conseil du fonds".

Le Conseil du fonds décidait librement, conformément à l'art. 3 des présents statuts, des prestations à fournir dans chaque cas particulier et de la façon dont elles devaient parvenir aux bénéficiaires. Ceux-ci ne pouvaient exiger en justice des prestations qui ne leur étaient pas reconnues par une décision du conseil du fonds ou par un règlement (art. 5). Le fonds était administré par un conseil composé de deux membres (art. 6). Le conseil du fonds possédait les pouvoirs les plus étendus pour

diriger, gérer et administrer les affaires et la fortune du fonds, et élaborait les règlements qu'il jugeait utiles, après consultation de la fondatrice (art. 6).

La fondatrice a attribué au fonds un capital de dotation de 20'000 fr., le capital du fonds pouvant être augmenté en tout temps par des versements de la fondatrice ou de tiers, à l'exclusion de toutes contributions des bénéficiaires.

c) Les tribunaux cantonaux en matière de prévoyance professionnelle sont, sur la base de l'art. 89a al. 6 ch. 19 CC, en corrélation avec l'art. 73 al. 1 LPP, compétents à raison de la matière et de la personne pour l'appréciation de litiges avec des fondations de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées lorsque celles-ci opèrent dans le domaine de la prévoyance professionnelle au sens strict c'est-à-dire assurent les risques de vieillesse, de décès ou d'invalidité en dehors du régime obligatoire, et cela même si ces fondations se financent sans cotisations des bénéficiaires. Par contre, ces mêmes tribunaux ne sont pas compétents pour les litiges avec les fonds de prévoyance patronaux, qui allouent exclusivement des prestations à bien plaisir, c'est-à-dire qui ne versent pas de prestations juridiquement obligatoires et qui se financent sans cotisations des bénéficiaires. La question de savoir si une fondation de prévoyance en faveur du personnel est un fonds de prévoyance patronal ou une institution de prévoyance au sens de l'art. 73 al. 1 LPP s'apprécie selon le but de la fondation défini dans le règlement ou les statuts et selon le financement des tâches de la fondation prévu par le droit des fondations (ATF 138 V 346 consid. 3.1.3). Dans l'arrêt 138 V 346, le Tribunal fédéral a retenu que n'étaient pas compétents les Tribunaux des assurances pour juger des litiges concernant un fond de prévoyance patronal caractérisé par une marge d'appréciation quasiment totale de son conseil dans l'octroi des prestations ainsi que par l'absence de cotisations des bénéficiaires: "Damit war auch die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache gegeben. Indes sind - wie bisher und in der Rechtsprechung des Bundesgerichts nach Inkrafttreten der 1. BVG-Revision fortgeführt - die

kantonalen Berufsvorsorgegerichte nicht zuständig für Streitigkeiten mit patronalen Wohlfahrtsstiftungen, die reine Ermessensleistungen, d.h. keine rechtsverbindlichen Leistungen ausrichten und sich ohne Beiträge der Destinatäre finanzieren (BGE 130 V 80 E. 3.3.3 S. 85; BGE 128 II 386 E. 2.3.1 S. 391 f.; BGE 117 V 214 E. 1d S. 218). In dieser Hinsicht entsprechen patronale Wohlfahrtsfonds ausgeprägt(er) rein vermögensrechtlichen Stiftungen im Sinne von Art. 80-89 ZGB. Insoweit hat die 1. BVG-Revision grundsätzlich keine Neuerungen mit sich gebracht [...]. Nicht ganz so offensichtlich präsentiert sich die Rechtslage in Bezug auf Art. 89^{bis} Abs. 6 Ziff. 6 ZGB - Teil- oder Gesamtliquidation gemäss Art. 53b-53d BVG -, welche Bestimmung, insbesondere Art. 53b BVG, hier zur Diskussion steht" (consid. 4.6). Il s'agit donc, comme dans le cas d'espèce, de fondations purement patrimoniales, au sens des art. 80 ss CC, qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 89a al. 6 CC, soit des fondations fournissant des prestations purement discrétionnaires ("reiner Ermessensleistungen"), telles les prestations des fondations patronales de bienfaisance qui n'ont pas de couverture de risques assurés ni de prestations juridiquement obligatoires ("Zu den typischen Wesensmerkmalen einer Personalfursorgestiftung im Sinne von Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB gehört, dass sie den beitragspflichtigen Destinatären planmässig Rechtsansprüche auf versicherungsmässige Leistungen (Renten, Kapital oder Kombinationen) beim Eintritt versicherter Risiken gewährt (Einrichtungen mit Versicherungscharakter). Werden hingegen den Destinatären ohne Beitragspflicht blosse Ermessensleistungen (in Kapital- oder Rentenform) ohne festen Plan, ohne versicherbare Risikodeckung und ohne Rechtsanspruch gewährt, welche allein durch die Stifterfirma finanziert werden, handelt es sich um einen patronalen Wohlfahrtsfonds", cf. ATF 130 V 80 consid. 3.3.3).

Dans l'arrêt 138 V 346, le Tribunal fédéral a fait une étude complète de sa jurisprudence antérieure et de la doctrine. Il est arrivé à la conclusion que la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien art. 89^{bis} al. 6 CC selon laquelle la liquidation partielle d'un fonds patronal de bienfaisance était soumise aux dispositions générales du droit des fondations (en particulier l'art. 84 al. 2 CC) ne pouvait être maintenue

après l'entrée en vigueur de la 1^{ère} révision de la LPP. Il y a désormais lieu d'appliquer à un fonds patronal de bienfaisance l'art. 53b LPP par analogie (changement de jurisprudence: consid. 5), notamment en raison du fait que le principe de base de la liquidation partielle ou totale est que la fortune libre de la fondation suit les bénéficiaires des prestations. De plus, lors de la liquidation partielle ou totale de l'institution de prévoyance, le principe de l'égalité de traitement et les principes techniques reconnus doivent être respectés. Les conditions légales de la liquidation partielle au sens de l'art. 53b al. 1 let. a-c LPP doivent (également) être concrétisées dans le règlement du fonds patronal de bienfaisance. Par contre, le Tribunal fédéral a expressément relevé que la 1^{ère} révision de la LPP n'a absolument rien changé au fait que les fondations purement patrimoniales au sens des art. 80 ss CC n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 89a al. 6 CC. Il s'ensuit que seuls les tribunaux ordinaires sont compétents pour trancher d'éventuels litiges.

3. a) Selon l'intimé, les buts statutaires du Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ ont clairement un caractère d'assurance et son activité constitue une activité de prestations de prévoyance élargie relevant de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité au sens de l'art. 89a al. 6 CC (ATAF C-5282/2010 du 2 novembre 2011, consid. 2.6). Le caractère discrétionnaire n'existe selon l'intimé que dans les limites de l'art. 3 des statuts, ce qui signifie que la liberté du conseil ne porte que sur la détermination du type de prestations à fournir (p. ex. des prestations de maladie en cas de maladie, ou des prestations de chômage en cas de perte de travail, etc.) et des modalités de paiement de ces prestations (p. ex. capital, rente, etc.). En revanche, le caractère discrétionnaire n'affecte pas le caractère d'assurance de la prestation, ni le droit à celle-ci, et n'exclut pas non plus le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ du champ d'application de l'art. 89a al. 6 CC (ATAF C-5282/2010 *op. cit.*).

Dans un premier temps, on peut relever que contrairement à ce que soutient l'intimé, l'affaire portée devant le Tribunal administratif fédéral sous référence C-5282/2010 n'est pas en tout point similaire à la

présente cause en ce qui concerne la question de la compétence. La Fondation en cause dans l'affaire devant le Tribunal administratif fédéral avait pour but:

"a) de venir en aide au personnel de Z._____ S.A. ainsi qu'à leurs proches, atteints par les événements tels que la vieillesse, la maladie, les accidents, l'invalidité ou la mort.

b) d'améliorer ou de maintenir les prestations assurées par la Caisse de retraite et de prévoyance en faveur du personnel de Z._____ S.A."

Le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ ne prévoit par contre pas de prestations de prévoyance pour maintenir ou améliorer celles d'une caisse de retraite. De même, en comparaison avec le fonds patronal de bienfaisance dont il est question dans l'ATF 138 V 346, les statuts de l'intimé ne prévoient pas de contributions des employés.

b) L'intimé s'oppose à la requête en déclinatoire en se référant essentiellement à l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_36/2012 confirmant l'arrêt du Tribunal administratif fédéral précité.

aa) La présente cause ne concerne toutefois ni un litige relatif à l'adoption d'un règlement de liquidation ni une contestation d'une décision formelle d'une autorité de surveillance. L'objet de la procédure 9C_36/2012 concernait l'obligation d'adopter un règlement sur la liquidation partielle. Il s'agissait d'un problème de droit administratif et de surveillance. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé sur la compétence des tribunaux des assurances mais uniquement sur le contentieux de l'art. 74 LPP en rapport avec l'art. 89a al. 6 ch. 12 (la surveillance) et l'art. 89a al. 6 ch. 9 (la liquidation partielle ou totale). Il avait en effet à trancher la question de savoir quelle législation est applicable en matière de liquidation partielle d'un fonds patronal de bienfaisance et si le fonds avait l'obligation d'établir un règlement sur la liquidation partielle. Ce point,

tranché dans l'arrêt 9C_2/2012 du 30 août 2012, publié aux ATF 138 V 346, a été résolu en ce sens que la liquidation partielle d'un fonds patronal de bienfaisance devait désormais être soumise par analogie à l'art. 53b al. 1 LPP, ce qui constitue un changement de jurisprudence. Selon les conclusions de la demande, le présent litige est une procédure pécuniaire basée sur la responsabilité civile des membres du conseil et de l'organe de révision. Plus particulièrement, s'agissant de N._____, le demandeur invoque une responsabilité de l'organe de révision fondée sur l'art. 755 CO. Il s'ensuit que l'intimé ne peut tirer aucun argument de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_36/2012.

bb) Le but de la Fondation et ses statuts permettent de déterminer si l'on se trouve en faveur d'une fondation de prévoyance patronale ou une institution de prévoyance au sens de l'art. 73 al. 1 LPP. Ainsi, lorsqu'une fondation dispose d'une liberté absolue dans la manière d'octroyer des prestations et que par ailleurs son financement ne relève pas des cotisations des bénéficiaires, les litiges qui portent sur les prestations de la fondation relèvent des juridictions civiles ordinaires, à l'exclusion des tribunaux des assurances (ATF 138 V 346 consid. 4.6).

Comme rappelé précédemment, l'arrêt cité par l'intimé concernait une fondation ayant un but analogue à celui de la LPP, puisque l'art. 4 al. 1 des statuts précisait que la fondation avait pour but de venir en aide au personnel et à ses proches en cas de vieillesse, de maladie, d'accident, d'invalidité ou de mort (let. a) et d'améliorer ou de maintenir les prestations assurées par la caisse de retraite (let. b). Par contre, le but de l'intimé était beaucoup plus large. L'art. 3 al. 1 des statuts prévoit que le fonds pouvait apporter un aide non seulement aux membres du personnel, mais également "à leurs familles".

En l'occurrence, l'acte constitutif de fondation du Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ fixe de manière large le but de la fondation, ainsi que les motifs d'attribution du capital. L'art. 3 va en l'occurrence bien au-delà des cas de prévoyance prévus par la LPP puisqu'il concerne outre la vieillesse, l'invalidité et le décès,

également la maladie, le chômage, le service militaire et la détresse. En outre, le libellé de l'art. 5 laisse une totale liberté et une importante marge d'appréciation au Conseil du fonds de décider de la manière et à quel moment les prestations doivent être octroyées aux bénéficiaires. Le pouvoir du Conseil du fonds est d'autant plus discrétionnaire en l'absence de toute réglementation spécifique relative au mode ou au calcul de l'attribution des prestations. Sur ce point, l'interprétation du fonds intimé précisant que le caractère discrétionnaire n'existerait que dans les limites de l'art. 3 paraît artificielle et ne saurait être suivie dès lors qu'elle ne reflète pas l'esprit général du texte dans son ensemble.

L'acte constitutif de fondation a été établi le [...] 1987. La loi sur la prévoyance professionnelle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1985. De ce fait, au moment de constituer la fondation, les garanties minimales en matière de prévoyance professionnelle étaient déjà fixées de manière obligatoire dans la loi. Cet élément tend à confirmer que dans l'esprit de son fondateur, le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T. _____ ne devait en aucun cas faire office de protection sociale au titre de prévoyance professionnelle, pas plus qu'il n'entendait faire doublon avec de telles prestations. Il s'agissait au contraire de créer une fondation dont l'objectif était plus large et permettait l'octroi de prestations, de manière discrétionnaire, examinées au cas par cas, sans que les bénéficiaires ne puissent déduire un droit à de telles prestations, le corollaire étant que ces dernières étaient financées par des versements de la fondatrice ou de tiers, à l'exclusion absolue de toute contribution des bénéficiaires. Il résulte du caractère éminemment privé du financement de la fondation et du sort des prestations que le fonds intimé est une fondation purement patrimoniale au sens des dispositions du Code civil, excluant le champ d'application de l'art. 89a al. 6 CC.

4. En conséquence, la Cour de céans se déclare incompétente pour connaître des prétentions en responsabilité émises par le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T. _____ à l'encontre de l'hoirie de B.G. _____, de D. _____ et de N. _____. La cause ressortit dès lors aux tribunaux ordinaires, soit en l'occurrence la Chambre

patrimoniale cantonale (art. 96g LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) ne s'appliquant pas en matière de prévoyance professionnelle, l'art. 58 al. 3 LPGA qui prévoit que le tribunal qui décline sa compétence transmet sans délai le recours au tribunal compétent n'est pas déterminant en l'espèce. Selon l'art 7 al. 1 LPA-VD (loi cantonale vaudoise sur la procédure administrative du 28 octobre 2008; RSV 173.36), l'autorité qui s'estime incompétente transmet la cause sans délai à l'autorité qu'elle estime compétente. Cette disposition vise seulement les autorités administratives (Exposé des motifs de la LPA-VD, mai 2008, n° 81, p. 17) et n'est pas applicable à la procédure d'action, laquelle est régie par les art. 106 ss LPA-VD. Pour toutes les questions qui ne sont pas réglées par les dispositions de la LPA-VD que l'art. 109 al. 1 LPA-VD déclare applicables par analogie à la procédure d'action, les dispositions de la législation sur la procédure civile sont applicables en vertu de l'art. 109 al. 2 LPA-VD. Selon l'art. 60 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), le juge examine d'office sa compétence et prononce le déclinatoire lorsqu'il n'est pas compétent.

Il s'ensuit que la Cour de céans doit déclarer la demande déposée le 15 juin 2012 par le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ contre l'hoirie de B.G._____, D._____ et N._____ irrecevable.

5. En matière d'assurances sociales, les dépens sont fixés par le juge eu égard à l'importance et à la complexité du litige (cf. art. 61 let. g LPGA). De plus, les frais d'avocat englobés dans les dépens comprennent une participation aux honoraires et les débours indispensables (cf. art. 7 al. 1, 2 et 3 TFJAS [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales du 2 décembre 2008; RSV 173.36.5.2]; cf. également dans ce sens TF 9C_801/2012 du 28 octobre 2013 consid. 5).

Obtenant gain de cause avec l'assistance d'un mandataire, l'hoirie de B.G._____, D._____ et N._____ ont droit à des dépens qu'il convient d'arrêter à 2'000 fr. chacun.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 73 al. 2 LPP).

6. En ce qui concerne la demande d'assistance judiciaire déposée le 5 septembre 2013 par le demandeur, la jurisprudence relative à l'art. 29 al. 3 Cst (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101) prévoit que l'assistance judiciaire n'est en principe pas accordée avec effet rétroactif (ATF 122 I 203). S'agissant des opérations précédents le dépôt de la demande du 15 juin 2012, la Cour de céans se déclarant incompétente *ratione materiae*, il appartiendra dès lors à la juridiction compétente au fond de se déterminer sur la demande d'assistance judiciaire et notamment sur les chances de succès de la demande du fonds du 15 juin 2012 (art. 18 LPA-VD et 119 CPC), ainsi que sur les effets temporels de la requête d'assistance judiciaire.

En ce qui concerne les actes accomplis devant la Cour de céans (art. 18 al. 4 LPA-VD), la question de l'octroi de l'assistance judiciaire à une personne morale peut rester ouverte dans la mesure où la demande doit de toute façon être rejetée pour les motifs qui suivent. Concernant les effets temporels d'une requête d'assistance judiciaire, la doctrine précise que l'assistance judiciaire peut être demandée en tout temps, avant ou durant la procédure, que son octroi rétroagit au jour de la demande et qu'elle s'étend aux démarches urgentes entreprises peu avant; les cantons peuvent se montrer plus généreux (cf. Bernard Corboz, Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire, in SJ 2003 II p. 74). Dans le cadre de procédures cantonales de recours, la jurisprudence en matière d'assurances sociales - rendue sous l'empire de l'art. 85 al. 2 let. f aLAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants; RS 831.10) mais qui s'applique toujours depuis l'entrée en vigueur de l'art. 61 let. f LPGa (cf. TFA H 106/03 du 21 août 2003, in SVR 2004 AHV n° 5 p. 17) - a précisé que l'octroi de l'assistance judiciaire à compter uniquement

de l'introduction de la demande n'est pas conforme au droit fédéral dans l'éventualité où les conditions de l'octroi auraient été réalisées auparavant. L'octroi rétroactif ne peut toutefois concerner que les actes directement nécessaires à la rédaction du recours et proches du dépôt de la demande d'assistance judiciaire (cf. TF 9C_735/2011 du 22 juin 2012 consid. 3 et les références citées). En l'espèce, même si on devait faire rétroagir l'octroi de l'assistance judiciaire pour des démarches effectuées peu avant son dépôt, le 5 septembre 2013, on constate qu'aucun acte n'a été effectué devant la Cour de céans ni ne résulte de la liste des opérations, dans un délai proche, avant ou après le dépôt de la demande d'assistance judiciaire, de sorte qu'elle doit être rejetée dans la mesure où elle recevable.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales :**

- I. Décline sa compétence dans la cause PP 12/12 qui divise le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ d'avec l'hoirie de B.G._____, D._____ et N._____.
- II. Déclare la demande déposée le 15 juin 2012 par le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ contre l'hoirie de B.G._____, D._____ et N._____ irrecevable.
- III. Dit qu'il n'est pas perçu de frais judiciaires.

- IV.** Dit que le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____ versera, à titre de dépens, une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) à l'hoirie de B.G._____, une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) à D._____ ainsi qu'une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) à N._____.
- V.** Rejette la demande d'assistance judiciaire déposée le 5 septembre 2013 par le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____, dans la mesure où elle est recevable.

La présidente :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jean-Michel Duc (pour le Fonds de secours patronal en faveur du personnel de T._____)
- Me Didier Elsig (pour hoirie de B.G._____)
- Me Roberto Izzo (pour D._____)
- Me Daniel Pache (pour N._____)
- Office fédéral des assurances sociales

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :